

POR

DOÑA MARINA FONTE DEL CASTILLO, VIVDA DEL CAPITAN AGVSTIN DE VARGAS,

EN EL PLEYTO CON DON IVAN DE Vargas de Betancor, que vino apelado a esta Real Audiencia, de sentencia de la Audiencia de Canaria.

SE SVPLICA A V.m. PASSE LOS ojos por este apuntamiento.



Scusome de referir todo el hecho, que se assentô bien a la vista, y que lo que fuere necessario del, introduzir el derecho que se à d gar, irá texido en las mismas a ciones. Assi, supongo breueme lo primero: que el Capitan Ag de Vargas por escritura, que otorgò en fauor de Isabel Fonti su hija, y de la dicha Doña Marina, le donacion inter viuos del tercio, y remaniente del q to de sus bienes irreuocablemente, por via de vinc y mayorazgo con entrego de la escritura, y con ci condiciones, para que los gozasse luego que el mu y despues della sus hijos, y descendientes, prefirien mayor al menor, y el varon a la hembra, y a falta d llamò a Doña Luysa de Vargas otra su hija, y los s y a falta destos dize: *Suceda la persona, y dendo por n brado, y con los grauamenes que me pareciere, y señalare p sula de mi testamento, y fuera de el,* señala bienes en que de adjudicar esta mejora; y si a caso montaren mas que ella valiere. *Quiero* (dize) *y es mi voluntad, que lo q te faltare lo pueda suplir la dicha Doña Isabel, con la p bienes que le cupieren por su legitima, assi de los a mi perte tes, como de la dicha doña Marina su madre.*

Iten, por otra clausula manda, que quien suce en esta mejora, menos el primer llamado que es la d doña Isabel, sea obligada *antes de suceder en ella*, a inc rar con los vinculados la quarta parte de sus biene que siempre vaya en aumento, y al que no lo q hazer le priua de la mejora, y llama al siguien grado.

Supongo lo segundo, que el fundador vsando facultad que se reseruò, por la clausula referid el testamento, debajo de cuya disposicion muriò. d so, que a falta de sus hijas, y descendientes dellas diesse en este vinculo doña Marina Fonti, su muge tras viuiesse; *y despues de sus dias* (dize) *hereden los dich bienes, e vinculo, y mayorazgo don Iuan de Berancor, hijo*

Lucas de Betancor, y doña y Isabel de Vargas mi sobrina, y alcabo de algunas clausulas buelue a dezir: *Iten, digo, y declaro, que por quanto en este testamento en vna clausula del mandó, que faltando mis dos hijas herederas legitimas (lo que Dios no permita) suceda los hijos, y nietos de mi hermana doña Ana de Vargas, muger de Simon de Acoca, y por quanto digo en la dicha clausala, que suceda el hijo mayor de don Lucas, aora es mi voluntad que suceda el heredero que doña Marina Fonti nombrare, como sea nieto de legitimo matrimonio de doña Ana de Vargas mi hermana, porque yo, y ella tenemos comunicado sea el dicho don Iuan hijo de don Lucas, y tengo satisfacion de que assi lo hará, y esto es mi voluntad.*

Lo tercero supongo, que las dos hijas llamadas a este vinculo murieron sin hijos, ni decendientes que les sucediessen, aurà mas de diez y nueue años. Y q̃ cõ esto la dicha doña Marina Fonti su madre, muger del dicho Agustin de Vargas Fundador, y llamada por el al vsufructo en este caso, se entrò en todos los bienes; entre los quales estàn los vinculados por no se auer hecho particion, y los à gozado todo este tiempo quieta, y pacificamente, hasta que el dicho don Iuan de Betancor le mouiò este pleyto.

Lo quarto y vltimo supongo, que en este pleyto se controuierte vn juyzio mere possessorio, no el particular y priuilegiado de la tenuta que se â de intentar dentro de los seys meses en el Consejo, habet que ad mixtam causam propietatis, &c. Cõforme a las leyes 9. y 10. tit. 7. lib. 5. compilationis, y lo que en ellas tratan los Doctores, sino el ordinario, que despues de passado el dicho termino (como aqui se passó, y muchos años mas, se puede intentar ante qualquier Iuez, e seguirse por el modo y terminos ordinarios del derecho, como bien despues de otros notò el Padre Luys de Molina, tractatu 2. de justitia, & iure, disputat. 638. num. 7. ibi: *Aliud est loqui quando ob lapsum semestris, non conceditur id sumarium remedium, tum enim non denegatur ei, cui id remedium, non conceditur intentare litem via ordinaria circa possessionem, aut proprietatem prout ius habuerit*, latè Paz, de tenuta to. 1. c. 21. per

per totum: y en esta conformidad entra don Iuan de B[illegible]
tancor, presentando la escritura de mejora, y fundació[n]
y el testamento del dicho Capitan Agustin de Vargas,
haze pedimento, refiriendo los llamamientos, y pidien-
do la possessión Real, y actual del dicho vinculo, y sus
bienes, *y protestando, que della sola se trate*, en cuya confor-
midad el Ordinario por su auto, se la mandó dar de los
bienes mencionados en ella, con los frutos, desde el
dia de la muerte de la dicha doña Luysa de Vargas, re-
seruando a la dicha doña Marina el vsufructo del rema-
niente del quinto por su vida: lo qual se confirmò por
sentencia de la Audiencia de Canaria, de que se apeló,
se truxo a esta Real Audiencia.

Esto supuesto en el hecho, pretende doña Mari[na]
Fonte, que no se pudo dar la possessión de los bienes vi[n]-
culados, en quanto al tercio, a don Iuan de Vargas B[e]-
tancor, ni el pedirla tampoco: y su primer fundamen[to]
es, no ser llamado el susodicho lisa, y absolutamente, [si]-
no debaxo de condicion, de que auia de vincular, y ag[re]-
gar al mayorazgo sobre que se litiga, la quarta parte d[e]
sus bienes, antes de suceder en el, con que entra el pri[n]-
cipio vulgar: *Substitutus sub conditione non adquirit posse[ssio]-
nem donec conditionem ad impleat*, l. is qui hæres, ff. de adqu[i]-
renda hæreditate, text. expressus in l. sed sub conditio[ne]
18. ff. de bonorum possessione contra tabulas, ibi. *L[iberi]*
sub conditione substitutus á contra tabulas bonorum posse[ssione]
excludatur: y la razon que dà el Iurisconsulto, lo decla[ra]
bien, *Certo enim iudicio liberi à parentum successione remo[ti]*
sunt: por manera, que en auiendo condicion, la dispo[si]-
cion es incierta, bonus textus in l. 6 tit. 4. partita 6. i[bi]
Empero no deue ser heredero nin auer los bienes del finado, f[asta]
que dê, o faga la cosa que el testador manda, l. 14 tit. 6. eade[m]
partita, ibi: *Como si el que fuere establecido por heredero so al[gu]-*
na condicion, non pueda entrar la heredad, nin desampararla, [fas]-
ta que la condicion sea cumplida, l. 21. tit. 9. part. 6. ibi: *E [si]*
cumple, o es cumplida, vale la manda sobre que es puesta, e pu[ede]
luego pedir la cosa mandada aquel a quien la mandaron, mas an[tes]
que se cumpla la condicion, non la puede, nin deue demandar,

Gregorius, verbo *cumpla*, multa iura cumulat, trató la queltion Menochio de adipiſcenda poſſeſsione, remedio 4 à num. 305. haſta el num. 314. y reſoluiola en eſta conformidad con muchos Doctores que cita. Eſto miſmo enſeñò el ſeñor Luys de Molina, libro 2. de primogenijs, cap. 12. donde auiendo en el num. 13. y 14. dicho que regularmente las cargas, y grauamenes, pueſtos a los ſubſtitutos, ſon modos, y no cōdiciones, en el nu. 15. y 16. ſe limita: *Si ex diſpoſitione maioratus inſtitutoris grauamē ipſum ante poſſeſsionis aprehenſionem implendum ſit, nām in hoc caſu* (dize) *quamuis cibiliſsima poſſeſsio, ac dominium inuocatum mortuo vltimo poſſeſſore per tranſeant, nihilominus tamen aprehēſio actualis poſſeſsionis ſuſpendenda erit.* Y en el num. 17. aprieta mas eſto, diziendo, que ſi el fundador dixere, que *Non tranſeat inuocatum dominium ſeu poſſeſsio, neque ipſa ſucceſſio donec ad impleat id quod ſibi iniunctum eſt etiam ipſum dominiū, nec poſſeſsio cibiliſsima in hoc caſu inuocatum tranſiuit*, que es a la letra lo que el fundador deſte mayorazgo quiſo en la condicion referida; y aſsi dixo en ella, que el ſucceſſor, antes de entrar en la ſuceſsion de el, la cumplieſſe. Eſto miſmo trasladò a la letra el Padre Luys de Molina de Iuſtitia & Iure, tom. 3. tractat. 2. diſputatione 611. á num, 2. verſic. *Molina vbi ſupra*, lo miſmo tambien reſoluiô Pelaez de Mieres, de maioratu, tom. 2. 3. part. quæſtione 13. que in titulo, *Vtrum poſſeſsio tranſeat in ſucceſſorem in maioratu ante implementum conditionis, quas ad implere fuit grauatus*; y alli poſt longam diſputationem, en el numero 23. viene a reſoluer, *Quod ſi ex voluntate teſtatoris expreſſa, vel coniecturata coligi poteſt, quod voluit prohibere adquiſitionem poſſeſsionis ante executionem conditionis non transfertur poſſeſsio virtute illius legis*, ſcilicet 45. Tauri. Por manera, que aunque aqui no tuuieramos la voluntad clara, y manifieſta, y las palabras miſmas con que lo exemplifican los Doctores, ſino que huuiera ſolamente coniecturas, eran baſtantes para que no huuiera lugar la poſſeſsion; y es de aduertir, que van hablando eſtos Doctores, no en el caſo preſente, donde ay quien poſſea de mas de diez y nueue años a eſta parte, ſino en poſſeſſion vazia, que aun es caſo mas riguroſo.

El segundo fundamento es, ser la pretension d
cho don Iuan de Betancor contra la misma institu
del mayorazgo, en que quiere suceder, y de q̃ par
se vale: porque como dexamos supuesto, murien
descendientes las hijas del fundador, està substi
doña Marina Fonte, madre de las susodichas, por
po de su vida, y assi el actor entra en su demanda
pugnando este llamamiento, para introduzir el
queriendo suceder contra la voluntad del Capitá
tin de Vargas; y esto no mira a juyzio de posessi
ningũ modo, sino a juyzio de propriedad; es buen
la ley 1. C. de edicto Diui Adriani tollendo, donde
uiendose la contienda entre el instituydo, y el sub
to, como lo estàn doña Marina, y don Iuan, que tie
mamiẽto, despues de la muerte della, dize el text
la possession à de darse a el que està escrito en pri
gar. *Cum inter institutum, & substitutum controuersia mo*
eum qui primo loco institutus est induci in possessionem o
Por manera, que solo se atiende a executar la instit
y lo que se halla escrito en ella, no a lo que se alega
tra su tenor; la ley segunda del mismo titulo, aun e
jor; donde aunque saliò el hijo del instituydor qu
dose de que quedaua preterido, de que el testam
era falso, o inoficioso, y que el difunto era esclauo,
no podia testar; con todo esso dize el emperador A
dro, autor de aquel texto, que se à de dar la possessi
que en el testamento se hallare escrito: *Quamuis q*
e filium defuncti præteritum esse allegat, aut falsum, aut in
sum testamentum, vel seruus defunctus esse dicatur tamen
hæres in possessionem mitti solet. Por manera, que no
quiere, si fue bien, o mal instituydo; para darle la p
sion, sino si està llamado, o no en la institucion. El
de Paulo de Castro en la ley si scriptum, C. de pro
nibus, lo declara bien: *Et nota* (dize) *quod si script*
petit se mitti in possessionem bonorum, & aliquis ad imped
missionem possessionis allegat defectum testamenti, vel p
testatoris, qui non poterat testari, vel hæredis, qui erat in
non admittitur etiam si velit probare istos defectus, quia
concernunt iudicium proprietatis, quã possesorium. La que

Menoquio 41. de adipiſcienda poſſeſsione, remedio 4. à num. 321. es muy a propoſito, donde en terminos del remedio de la ley final, C. de ædicto diui Adriani tollendo, pregunta: *An hoc beneficium concedatur filiæ ſecluſæ ab ſtatuto, ſi à patre teſtamẽto hæres inſtituatur?* Que es lo miſmo que la parte contraria quiere que aya paſſado aqui. Y con muchos Doctores reſuelue que ſe le dâ eſte remedio la deciſion tercia de Cicilia, de Franciſco Milanès, es aſsi miſmo de eſte lugar, donde tratando de vn eſtatuto ſemejante a la ley 45. de Toro, dize en el num. 243. lib. 1. que para que la poſſeſsion ſe cõtinue, es meneſter que concurra tambien la voluntad del inſtituydor, y ninguna coſa mas apropoſito que la miſma ley 45. de Toro; la qual no diſpone que en qualquiera ſuceſſor ſe paſſe la poſſeſsion, ni pide que ſea en el, que conforme a derecho ſucede, ſi no tan ſolamente en aquel: *Que ſegun la diſpoſicion del mayorazgo deuiere ſuceder.*

Y aunque es aſsi, que don Chriſtoual de Paz en el tratado de tenuta lib. 1. cap. 30. auiendo traydo los mas de eſtos lugares, y otros, fue de opinion contraria en la tenuta; el miſmo dà la razon, en que ſe funda, que es en que el juyzio de la tenuta, ad mixtam habet cauſam proprietatis, vt videre eſt nu. 41. ibi: *Cum eius connexionem ſimul cum poſſeſsione voluerit prædicta Tauri lex ad obtinendum in hoc interdictio, præfacta tamen iura loquuntur in interdictis poſſeſſorijs meris, & ſimplicibus abſque mixtura, &c.* Y ſiendo aſsi, que como dexamos ſupueſto, eſtàmos en vn juyzio mere poſſeſſorio, en que la miſma parte cõtraria deſde el primer pedimiento, tiene proteſtado, que ſolo ſe ha de tratar de la poſſeſsion, y no de coſa que mira a la propiedad, eſte Autor tambien es en nueſtro fauor.

El tercero fundamento es, auer mas de diez y nueue años, q̃ la dicha doña Marina Fõte, eſtà en quieta y pacifica poſſeſsion de eſte vinculo, viẽdolo, ſabiendolo, y cõſintiendolo la parte cõtraria, como ſe prueba biẽ de los miſmos recaudos que preſentò, para probar, q̃ la ſuſodicha lo auia eligido para deſpues de ſus dias, y otros: con

lo

lo qual no puede tratar oy de la possession, sino del juy-
zio de la propiedad, porque aunque algunos quisieron
dezir, que el sucessor que por ministerio de la ley 45. de
Toro adquirio la possession, etiam post multum tem-
poris, que dexò estar los bienes sin tomar, y aprehender
la actual, y real, puede pedirla, y tomarla: con todo esso
quando supo que otro la tenia, y lo dexó estar en ella, es
indubitable, que passado mucho tiẽpo, como son diez
años, ha menester valerse del juizio de la propriedad, y
no puede tratar de la possession, y lo mismo serâ si el
q̃ tenia los bienes, era posseedor con titulo y buena fe, y
los tuuo, y gozò vn año y vn dia: fundò esto latissimame-
te Pelaez de Mieres, de maioratu, 3. p. q. 6. a quien in-
tituló: *Silentium in petenda possessione, ex l. 45. Tauri, an præ-*
iudicet sucessori in maioratu, y en el n. 50. lo cõcluye: *Ex qui-*
bus omnibus resolutiue apparuit, quod si sucessor in bonis maiora-
tus stetit per annum & diem, quod non petibit possessionem, que
alio erat ocupata, sciendo, & patiendo, & concurrant requisita
in dicta l. ordinamenti excludetur â possessione rerum maioratus, &
idem erit, si Decenio taceat, &c. Y demas de los muchos Do-
tores, y derechos que este Autor cita, tiene esto mismo
el padre Molina de justitia & iure, tractatu 2. quęst. 6...
num. 7. ad medium ibi: *Aliud est loqui quando ob lapsum sem-*
tris non conceditur id sumarium remedium (Scilicet tenut...
Tunc enim non denegatur ei, cui id remedium non conceditur in-
tare litem via ordinaria circa possessionem, aut proprietatẽ, pro-
ius habuerit, tametsi cum alius tanto tempore fuerit in pacifi-
possessione maioratus, hic censeatur deiectus à possessione ciuili,
naturali, quam ex l. 45. Tauri, tanquam legitimus in eo maiora-
tu successor poterat prætendere semperque partes actoris, &
rei agere debeat, siue contendat de possessione, quod efficere n...
poterit nisi per miscendo causam proprietatis, siue contend...
de proprietate, & in consequentiam proprietatis de possessio-
ne, &c.

El quarto fundamento es, que si aqui se pudiera in-
quirir, si fue mal, o bien substituida la dicha doña M...
rina Fonte, & sic, tratarse de la propriedad, es cierto, q...
en ella su justicia es llana: porque siendo assi, que es m...

dre legitima de doña Isabel Fonte, y doña Luysa de Vargas, en quien el vinculo se instituyô, no solo pudo, mas deuiò llamarla el Capitan Agustin de Vargas su marido, a falta de ellas, y de sus descendientes, prefiriendola al dicho don Iuan de Betancor, y a los demas transversales, y estraños, sin que a esto obste la ley 27. de Toro, en que tanto estriua la parte contraria, donde se dà la forma, que los padres an de guardar, quando mejoran en el tercio a alguno de sus hijos, y en las substituciones que an de hazerles, llamando primero sus descendientes legitimos, y naturales, luego sus ascendientes, luego los transversales, y despues dellos a los estraños, porque a esto se satisfaze, con que si bien se considera la decision desta ley, es cierto que no habla en caso que el hijo en quien se fundò el mayorazgo, y muriò sin descendientes, dexò madre viua, & sic, heredera legitima, que entonces claro està, que en fuerça de su mismo derecho para sucederle, o en fuerça de llamamiento, si le tiene, á de preferir a los parientes y estraños. Fundase esto bien: lo primero por la autoridad de Baldo en el consejo 197. tom. 4. donde tocó la question, *statuto cabetur, quod si personæ sine filijs, vel filiabus decesserint intestatæ proximiores consanguinei ex parte patris succedant in patrimonio, ita tamen, quod masculi fœminis præferantur.* Por manera, que a falta de descendientes estauan llamados los parientes del padre, que es lo mismo que la dicha ley 27. dispone; prosigue pues, y dize, que muriò vno, que demas de tener los dichos parientes, tenia assi mismo madre, y pregunta quien à de sucederle, y aunque prima facie dize: *Videtur quod cognati vti atinentes ex parte patris debeant succedere*, con todo esso concluye, *in contrarium euidenter apparet, quia istud statutum non potest intelligi de exclusione matris*, y despues de auer dado la razon, dize: *Ideo concludo matrem succedere in omnibus bonis*: mas latamente resoluió esto mismo Marta en el tratado de succesione legali, 2. part. quæst. 3. artic. 10. donde disputò la question *statututum vocans proximiores sub diuersis formis an habeat locū existente matre in medio*; y el primer caso que propone es, *Primus*

mus igitur casus se ofert quando iure municipali dispos[…] quod defuncto sine filijs legitimis decedente proximiores ex patris succedunt in omnibus bonis exceptis maternis in qui[…] cedant proximiores ex parte matris, prout in nostra consu[…] Neapoli dispositum est, y auiendo propuesto la opinion matiua, dize. *Pro parte negante inducitur, quod dicta* [...] *tudo semper, ita interpretata fuit, vt patre, vel matre ex*[...] *in medio ipsa locum non habeat*, y alega muchos Doct[…] que sintieron esto mismo desde el num. 7. hasta el n[…] Por manera, que aunque la ley 27. de Toro disp[…] que sucedan en estas mejoras los transversales, a[…] de los descendientes, o ascendientes del instituido[…] se á de entender matre in medio existente.

Sea la segunda razon, que la ley 27. de Toro n[…] pressa, que si el hijo en quiẽ el mayorazgo se hizo, m[…] sin descendientes, teniendo viua su madre, sucedá e[…] ni de tal caso se acuerda en todo su cõtexto: con lo[…] este viene a ser caso omitido, y entra el principio d[…] ley commodissimè, ff. de liberis & posthumis, qua d[…] mur. *Casum omissum remanere sub dispositione iuris comm*[…] conforme a el qual la madre sucede al hijo, que no[…] ne descendientes, como se dirà despues; y assi pu[…] deuiò ser llamada la dicha doña Marina Fonte, sin[…] tengan de que formar agrauio los transversales. De[…] manera entendiò el estatuto, o costumbre de Nap[…] Vincencio de Franquis en la decision 51. per totam[…] cepuè à num. 19. ibi: *Non enim per consuetudinem est p*[…] *sum quando pater vel mater extant, quod proximiores exclu*[…] *tur, sed quia consuetudines non consideraberunt, hunc casum* [...] *de eo locutæ sunt tamquam casus non consideratus remanet i*[…] *positione iuris communis, &c.*

Sea la tercera razon, que la sucesion de la madre [...] los bienes de la hija, es derecho natural, o por lo m[…] se fundò en el, autentica de hæredibus, & Falcidia, [...] collat. 1. ibi: *Tamquam ipsa natura eis debetur quale est fili*[…] *patibus atque matribus*, facit l. nam etsi parentibus, ff. d[…] officioso testamento. y lo dixo mejor que todas, qui[…] do la contienda que sobre esto auia, la ley 1. tit. 12. [...]

tita 6. donde auiendo concedido al heredero la quarta falcidia, conque deue contentarse, lo exceptua: *Mas si los herederos fuessen de los que descendien, o suben por linea derecha del fazedor del testamento; estonces deuen auer la su parte legitima, o que llaman en Latin, debitum iure naturæ*: Y llamase esta sucessión luctuosa; porque con ella parece se compensa a la madre el sentimiento de la muerte del hijo, l. iure sue cursum, ibi: *Vt filia amissa solatij loco succederet*, ff. de iure doctium, de donde procede, que por mas general que sea la ley, o el estatuto, si no es que expressamente disponga, que la madre se excluya, nunca se entiende ser lo, assi con muchos Mantica de coniecturis, lib. 5. tract. 15. num. 16. & 28. Mieres de maioratu 1. p. quęst. 58. num. 214. y es notable la censura que dio a la ley que tal disponia, porque la madre se casaua segunda vez, el autentico de non eligendo secundo nubentes, §. optimum, collat. 1. in illis verbis: *Alioqui ex absurditate legis licet præmoriantur filij omnes, non relinquentes filios, aut nepotes, nihilominus supplicium manet, & non succedit eis mater, nec si sine filijs moriantur, sed inhumanè ab eorum expellectur successione frustra quidem pariens, frustra simul & nutriens, propter legales nuptias subiecta pœnis, & succedent quidem aliqui ex longa cognatione, mater autem irrationabiliter expelitur, qua propter & ipsa sucedat filijs, & sit hac lex clemens, & mittis matres filiijs, concilians*: Por manera, q̃ la llama absurda, inhumana, è irracional. De donde procediò el Broçardico comun de los Doctores, quo docemur: *Legem excludentem parentes à successione filiorum esse odiosam, & sic omnimodo restringendam*: Et pluribus comprobat Mieres de maioratu par. 1. quęst. 58. à num. 146. y de aqui nace la resolucion de Archidiacono, in cap. suadente 17. quęst. 4. y de muchos que recogio, more suo Tiraquelo lib. 1. de retractu §. 1. gloss. 9. num. 189. que enseña, que si el estatuto excluyere a la madre de la sucession del hijo, no se entenderà excluyda de la sucession de la hija; neque in hac specie masculinum concipit in se fœmininum, y la de Paulo de Castro cons. 32. lib. 2. a quien siguiò Decio, y otros que cita Auendaño, in l. 6. Tauri, glos. 11. n. 25. qui asseruit statu-

statutum Rauacatæ excludens matrem à successione fi-
liorum stantibus consanguineis difuncti ex parte pat-
non excludere matrem in bonis alibi sitis, vnde cum l
27. Tauri expresse non excludat matrem, ni della habl
no se â de estender su disposicion al caso presente, ant
se auia de procurar restringir ne mater pribaretur su
cessione filiæ, y se corriegiesse, o por mejor dezir, dest
yesse quanto està dispuesto en razon della.

La quarta razon es vn notable absurdo, que de lo c
trario le siguiera, nempe, que el padre por este camin
pudiera, no solo ser excluydo de la sucession legitima
su hijo, sino precedido de los estraños, suponiendo
q̃ la facultad q̃ la ley 27. de Toro cōcede, o la necessid
que impone, habla ygualmēte con el padre y la mad
como expressamēte se dize en el principio della, ibi: M
damos, que quãdo el padre, o la madre mejoraren a alguno de su
jos, &c. Por manera, que si doña Marina Fonte mejor
a la dicha doña Isabel su hija, tuuiera obligacion, co
quieren las partes contrarias, a llamar a falta de sus d
cendientes, y ascendientes precisamente, a sus pari
tes, y a estraños, y asi muriendo la dicha doña Isabel
vida de su padre, sin hijos, ni descendientes, como m
riò, el padre no le sucedier, y le prefirierã los pariẽtes
los estraños, y no es esto lo mas, sino que aya de ser p
cisamente, y contra la voluntad de la misma perso
que haze la mejora, como aqui pretenden lo sean.

La quinta razon serà la autoridad del señor don I
del Castillo, que en todo; y particularmente en el ent
dimiento deste texto, es muy grande, por lo mucho q
en el trabajó, escriuiẽdo el solo mas que todos los ot
juntos; porque escriuiô el capitulo 7. del libro 2. y
cap. 11. del lib. 3. y el cap. 98. del libro 5. y casi tod
cap. 36. del lib. 4. y en otros muchos lugares; con q
fue fuerça encontrarse con este punto, lo que no hiz
ron los demas, que ninguno lo tocó, de los que yo
lo menos è visto: dize pues en el dicho cap. 11. del lib
donde propuso la question: *Vtrùm in terminis, legis*
Tauri, dari possit substitutus extraneus filio in tertio
lior

liorato extantibus descendentibus, ascendentibus, & trasversalibus. En el num. 13. que es el final, llegãdo al caso deste pleyto, dize estas palabras: *Sexto, & vltimo constituendum est in terminis nostris, ac dictæ legis* 27. *Tauri vsque adeo cessare ea, quæ in dicta l Papinianus, §. sed neque impuberis, ff. de inofficioso testamento tradiderunt DD. per illum textum, vt nec mater ipsa vulgariter, aut pupillariter substitui possit filio in tertio bonorum meliorato dum alij filij, aut descendentes meliorantis extarent, neque illis omissis pervenire possit ad eius vocationem, debet enim præcisse, aut semper, vt dixi eiusdem ordo seruari, in defectum tamen descendentium si forsam vocata, aut instituta non esset deberet proculdubio substitutionem tertij prævertere, &c.* Por manera, que a falta de descendientes, no solo puede ser llamada la madre en la mejora del tertio, como a que lo fue, sino que lo deue ser, y si no la anularà.

Sin que a esto obste dezir, que con la facultad que el derecho concede al padre, para que pueda hazer substituciones a sus hijos, se la dà, para que haziendolas, prive a la madre de la sucesion de ellos; porq̃ a esto se satisface con lo q̃ respondió Afflictis en la decision 38. nu. 3. oponiendole esto mismo: *Bene verum, & quod substitutio pupillaris expressa excludit matrem á legitima, quia pater substitutionem pupillarem non facit nomine filij, sed nomine suo ratione potestatis licet eam faciat pro filió, & dicitur talis substitutio testamentum patris, & pater pupilli non tenetur ad legitimam matris de hoc est text. ad literam in cap. si pater de testamentis in* 6. De manera, que para excluyr a la madre de la sucesion de su hijo, necesita el padre de valerse de la substitucion pupilar; y no como quiera, sino que á de ser la expressa, porque la tacita, que se incluye en la vulgar, o en la compendiosa, que es la de los mayorazgos, ex notatis per Martam, de succesione legali 4. parte, quæst. 30. artic. 5. num. 22. no es bastante para esta exclusion, como bien resoluió aqui Marta despues de muchos, de succesione legali, tom. 2. par. 4. quæst. 31. art. 2. num. 2. donde hablando en la pupilar tacita, que se incluye, en la vulgar dize: *Declaratur iste casus, vt dicta pupillaris tacita propter existentiam matris remaneat sine effectu quoniam*

niam mater non excluditur à dicto substituto pupillariter tac... prout est receptior sententia;y dando la razon, dize: *Quia... dispensat, vt pater filio testamentum condat, & illi quemcun... substituere possit atque matrem á luctuosa filij hæreditate ex... dat, & cum hæc dispensatio sit odiosa, ideo non est extendend... pupillari expressa ad tacitam.*

Y el mismo Marta tambien, hablando de la substitu... cion compendiosa en la dicha 4. part. quæst. 30. artic... num. 23. ibi: *Secundo declaratur, vt non procedat quando... ter pupilli supervivebat, &c.* donde alega muchos Do... res, que enseñan lo mismo. Demas, de que quando... tacita, o expressa substitucion pupilar bastasse para... cluyr a la madre; siendo asi, que doña Isabel Fonte, ... mera llamada a este mayorazgo, muriò mayor de... torze años, y doña Luysa de Vargas, vltima po... dora, a quien le sucede tambien mayor, como co... ta de la escritura dotal, y demas autos, la substi... cion quedó desvanecida, y la madre heredera, como... no se huuiera fecho, instituto enim moriente imp... pupillari ætate omnis substitutio pupillaris evanesci... multis docet Marta de succesione legali, 4. part. qu... 32. artic. 4. a quien intitulò substiotio pupillaris qu... do spiret.

Lo segundo se responde, que lo que al padre se le... cede por la substitucion pupilar, es facultad para... pueda, vsando della, excluyr a la madre de la suce... de su hijo, y los contrarios no se contentan con esto... no q̃ quieren que tenga precisa necessidad de excluy... aunque no quiera; y lo que mas es, que auiendola ll... do, como en el caso deste pleyto la llamò la subst... cion, no valga, y excluyr ellos a doña Marina Fon... quien su marido no excluyò, antes llamó a la suces... de sus hijos, conformandose con la disposicion del... recho, que la llama a ella.

Lo segundo, no obstarà dezir, que en la substitu... de los parientes del fundador, como lo es el dicho... Iuan de Betancor, se considera fauor, q̃ se les quiere ha... zer, y voluntad de que sus bienes se conseruen en su...

milia,q̃ es lo de la ley cum pater,§.liberis,ff.de legatis 2. porque a esto responde Pelaez de Mieres, tratãdo de la disposicion de la ley 6. de Toro, en que se manda guardar la costumbre de algunas ciudades, en que los bienes rayzes bueluẽ al tronco: *Id iustũ est dum non tractatur de exclusione parentũ quibus, tam debita successio est, & certe mihi persuaderi nõ potuit, quod dictus forus sit fauorabilis, imô odiosus respectu parentũ, & quod hereditas magis debita sit parẽtibus, quam transversalibus consanguineis, & quando due persone fauorabiles concurrunt magis fauorabilis praefertur, & indubio ista opinio est amplectenda ne mater, vel pater excludantur à luctuosa filij hereditate cum parentes non debeãt excludi â successione filiorum nisi fuerit expressa dispositum, &c.*

Lo segundo se responde, que esta objeccion procediera bien, si tratara el contrario de sustentar alguna substitucion, que el Capitan Agustin de Vargas le huuiera hecho, excluyendo a su muger; porque alli entrara bien ver si atendiô a fauorecer sus deudos, y cõseruar los bienes que vinculó en su familia: empero es muy al contrario, porque lo que quiso fue, que doña Maria Fonte su muger, gozasse del vsufructo dellos, antes que la parte contraria, ni otro alguno de sus deudos, y assi teniendo contra si voluntad, y disposicion clara, como quieren excluyrla con voluntad presumida?

No obstarâ lo tercero, dezir, que querer sustentar el llamamiẽto de la dicha doña Marina Fonte, es reincidir en la opinion de algunos que quisieron, que los ascendientes, y parientes, que la ley 27. de Toro, quiere que se llamen, an de ser los del hijo, o hija, en quien se hizo la mejora; no empero del instituydor que la haze: la qual se reprueua comunmente, vt videre est per Gutierrez in practicis, l. 3. quæst. 54. per totam. Porque a esto se responde negando la reincidencia, porque aunque es assi, que Auendaño con mucho fundamento fue del cõtrario parecer de Gutierrez, toda via confessamos, que aquellas palabras, *Sus descendientes, e sus ascendientes, sus parientes*, de que vsa la dicha ley 27. se refieren a el que haze la mejora, y no a aquel a quien se haze, y lo que dezimos,

zimos, y emos probado, es cosa muy diferente, hoc
que la disposicion de la dicha ley, y la necessidad,
induze en los llamamientos, que en ella estàn expre
dos, no se á de entender, ni puede, matre existent
mucho menos el padre, cuya sucession, ni se excluye
ella, ni ay razon para que tal haga; y que assi hizo
en fauor de su mayorazgo el dicho Capitan Agusti
Vargas, en llamarla al vsufructo, y ella lo hará con
tentarse con el, perteneciendole los bienes en prop
dad.

Con que parece, que su justicia de la dicha doña
rina Fonte es llana, y que las sentencias del Ordina
y de la Audiencia de Canaria, se deuen reuocar, am
randola en la possession de los bienes. Esto debax
la dignissima censura de V. m.

El Licenciado Antonio Perez.